



You have downloaded a document from
RE-BUŚ
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Politycznokryminalne znaczenie czynnego żalu okazanego przez sprawcę po dokonaniu przestępstwa niealimentacji (art. 209 § 4 i § 5 k.k.)

Author: Olga Sitarz

Citation style: Sitarz Olga. (2018). Politycznokryminalne znaczenie czynnego żalu okazanego przez sprawcę po dokonaniu przestępstwa niealimentacji (art. 209 § 4 i § 5 k.k.). "Problemy Prawa Karnego" (T. 28 (2018), s. 137-154).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

OLGA SITARZ
Uniwersytet Śląski

Politycznokryminalne znaczenie czynnego żalu okazanego przez sprawcę po dokonaniu przestępstwa niealimentacji (art. 209 § 4 i § 5 k.k.)

Abstract: By means of an act of law issued on 23 March 2017 in order to “reinforce the realisation of the obligation of guardianship by satisfying the material necessities of people who are unable to satisfy them on their own”, one introduced changes in the heretofore binding regulation which stipulated criminal responsibility for evading the obligation of the payment of alimony (Art. 209 k.k.). The regulation which was mentioned received new content, *inter alia* by introducing a qualified type, and it was furnished – for the first time in the history of the criminalisation on the non-payment of alimony – in a clause of impunity and the clause about the refraining from administering punishment in the case of the manifestation of voluntary disclosure on the part of the offender after the commission of the crime of the non-payment of alimony. The present publication explores the problems associated with the latter point – voluntary disclosure. In the light of the analysis which was conducted and the legislative deficiencies of the regulation Art. 209 § 5 k.k. and its relation to regulation Art. 59 k.k. one stated that **from the perspective of legislative technique § 5 is inappropriate, and from the perspective of the criminal policy it is redundant**. It seems that the function which is assumed – the ensuring of the satisfaction of the claims of the aggrieved party – simply regulation § 4 Art. 209 k.k., would serve this task perfectly, obviously after the removal of the shortcomings which were indicated.

Key words: voluntary disclosure, non-payment of alimony, obligation to pay alimony

Politycy, a także osoby zajmujące się polityką karną niejednokrotnie proponowali różnorodne sposoby zwiększenia efektywności walki ze zjawiskiem niealimentacji¹. Przy czym nie ma wątpliwości, że najczęściej

¹ Warto dodać, że w marcu 2016 r. przeprowadzono badania opinii publicznej na reprezentatywnej grupie Polaków, którzy na pytanie, jak zwiększyć skuteczność egzekucji odpowiedzieli w następujących proporcjach: 65% uznało, że dłużnicy powinni odpraco-

chodzi o wyegzekwowanie obowiązku alimentacyjnego jednego z rodziców wobec dziecka lub dzieci pozostających przy drugim, najczęściej byłym, współmałżonku. Polski ustawodawca wprowadził do polskiego systemu różne środki pozwalające na zwiększenie skutecznej egzekucji wobec osób niewywiązujących się z obowiązków alimentacyjnych, m.in. te przewidziane w ustawie z 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów². Innym sposobem walki z niealimentacją jest przepis art. 209 k.k., kryminalizujący to zachowanie. Mimo to w maju 2017 r. odnotowano, iż łączna zaległość alimentacyjna wzrosła do prawie 10,5 mld złotych, a liczba dłużników alimentacyjnych wynosiła obecnie 301 872 osoby³.

W celu „wzmocnienia realizacji obowiązku opieki przez zaspokojenie potrzeb materialnych osób, które same nie są w stanie ich zaspokoić”⁴, ustawą z dnia 23 marca 2017 r.⁵ wprowadzono zmiany w dotychczasowym przepisie przewidującym odpowiedzialność karną za uchylenie się od obowiązku alimentacyjnego (art. 209 k.k.). Wzmiankowany przepis otrzymał nową treść, m.in. poprzez wprowadzenie typu kwalifikowanego, a także zaopatrzony został – pierwszy raz w historii kryminalizacji niealimentacji – w klauzulę bezkarności i klauzulę odstąpienia od wymierzenia kary w przypadku okazania przez sprawcę czynnego żalu po dokonaniu przestępstwa niealimentacji. W niniejszej publikacji podjęta zostanie wyłącznie problematyka związana z ostatnim zagadnieniem – czynnym żalem. Nie będzie poddana analizie zasadność kryminalizacji oraz jej sposób i zakres⁶ – chociaż dekryminalizacja części zachowań⁷

wać dług w robotach publicznych, 40% uważa, że dłużnicy powinni być kontrolowani przy pomocy dozoru elektronicznego, 28% jest zdania, że karanie dłużnika powinno następować już wtedy, gdy płaci mniej niż połowę, 26% chce zaostreżenia przepisów umożliwiających odebranie dłużnikom prawa jazdy, 25% domaga się możliwości licytacji dóbr gospodarstwa domowego, w którym dłużnik aktualnie przebywa, 22% szanse zwiększenia skuteczności widzi w kampaniach społecznych, natomiast 10% ankietowanych nie ma zdania – <https://media.bik.pl/publikacje/att/1113610> [dostęp: 2.02.2018].

² T.j. Dz.U. 2017, poz. 489 z późn. zm.

³ <https://media.bik.pl/publikacje/att/1113610> [dostęp: 2.02.2018].

⁴ Uzasadnienie projektu – Druk Sejmowy nr 1193. Źródło: <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatposiedzeniemataty/.../1193.pdf> [dostęp: 2.02.2018].

⁵ Dz.U. poz. 952.

⁶ Kwestie te podejmują już trzy najnowsze publikacje: M. MAŁECKI: *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)*. CPKNP 2016, nr 4; Ł. POHL: *Zakres i skutki depenalizacji wywołanej nowelizacją przepisu określającego znamiona przestępstwa niealimentacji*. RPEiS 2017, nr 4 oraz Ł. ROSIAK: *Nowelizacja art. 209 kodeksu karnego. Analiza proponowanych zmian*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2017, nr 17.2, który bardzo szczegółowo przedstawił historię tej nowelizacji, a także po części: M. MOZGAWA: *Komentarz aktualizowany do art. 209 kodeksu karnego*. LEX.

⁷ Por. Ł. POHL: *Zakres i skutki...*

powoduje, że niektóre przejawy czynnego żalu stały się irrelewantne. Nie oznacza to oczywiście, że pominięte zostaną znamiona dwóch typizacji przewidzianych w przepisie art. 209 k.k. – sięgnięcie do nich jest nieodzowne, jako że dwie postacie czynnego żalu zróżnicowane zostały właśnie w oparciu o dwie postacie typizacji. Jednak przedmiotem rozważań będą jedynie te znamiona, które mają znaczenie dla wykładni przepisów odnoszących się do czynnego żalu.

Projektodawca, wprowadzając nowe instytucje do prawnokarnej regulacji odnoszącej się do przestępstwa niealimentacji, wskazał, iż „za proponowanymi rozwiązaniami uprzywilejowania sprawcy w przypadkach projektowanych sytuacji, obejmujących elementy tzw. czynnego żalu, przemawiają argumenty kryminalnopolityczne. W opinii projektodawcy, z uwagi na charakter przestępstwa niealimentacji, rodzaj naruszonego nim dobra prawnego oraz powody penalizacji niealimentacji jest zasadne przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym sprawca, w określonych warunkach, będzie mógł liczyć na niepodleganie karze lub odstąpienie od wymierzenia kary w przypadku uiszczenia w całości zaległych alimentów. Warunkiem takiego rozwiązania jest, co oczywiste, to, aby sprawca uiszczył wszystkie zaległe alimenty w całości i dokonał tego w określonym terminie”⁸. Trudno więc zgodzić się z tezą, iż nowe przepisy mają wyeliminować karalność czynu zabronionego⁹, co akcentowałoby sytuację sprawcy, ponieważ nie o sprawcę i jego odpowiedzialność karną *de facto* w tych regulacjach chodzi. Brak karalności jest środkiem, a nie celem nowelizacji. Celem zaś jest wymuszenie realizacji obowiązku alimentacyjnego.

W innym miejscu wskazywałam teoretyczne modele konstrukcji czynnego żalu w zależności od zakładanych funkcji¹⁰. Krótko przypomnieć należy, iż czynny żal przy założeniu funkcji prewencyjnej powinien być przewidziany dla jak najszerzego kręgu przestępstw. Najlepiej, aby czynny żal został opisany jasno i precyzyjnie w części ogólnej Kodeksu karnego. Dobrodziejstwa przewidziane dla sprawcy winny być możliwie najszerze i zawsze obligatoryjne. Jak pisał Makarewicz, tylko pewność zupełnej bezkarności może powstrzymać sprawcę przed popełnieniem przestępstwa¹¹. Tę pewność sprawcy, skłaniającą go do pożądanых zachowań, zagwarantuje obligatoryjność dobrodziejstw dla niego przewidzianych. Nie jest to zatem w moim przekonaniu („paradoksalne”) ograniczenie władzy sądowniczej, ale racjonalne (mniej lub bardziej) wykorzystanie

⁸ Druk Sejmowy nr 1193, s. 7. Źródło: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193> [dostęp: 11.09.2018].

⁹ Tak M. MAŁECKI: *Przestępstwo niealimentacji...*, s. 51.

¹⁰ O. SITARZ: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, nr XXXI.

¹¹ J. MAKAREWICZ: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914, s. 227.

instrumentów polityki karnej¹². Pewność bezkarności może również powstrzymać sprawcę przed kontynuowaniem drogi przestępczej lub skłonić go do rezygnacji z czerpania korzyści z przestępstwa. Skuteczna funkcja prewencyjna wymusza także konieczność upowszechnienia wśród społeczeństwa tego instrumentu, zwłaszcza zaś profitów z nim związanych. Skuteczna ochrona dóbr prawnych każe także zaniechać wnikania w przyczyny czynnego żalu wyrażonego przez sprawcę; można się także zastanawiać, czy względy polityki kryminalnej nie uprawniają do rezygnacji z przesłanki dobrowolności.

Odmiernych regulacji, moim zdaniem, wymaga czynny żal, jeśli miałby pełnić funkcję wychowawczą. Dobrodziejstwa związane z czynnym żalem nie muszą być daleko idące i na pewno winny być fakultatywne – sąd musi mieć możliwość oceny, jak dalece i trwale zmieniła się postawa sprawcy. Rozważyć można wprowadzenie dodatkowych wymogów związanych z motywacją sprawcy rezygnującego z przestępstwa, bezpośrednio nawiązując w ten sposób do nazwy instytucji – „żalu”. Czynny żal, realizujący funkcję wychowawczą, przewidziany powinien być – co do zasady – przy tych kategoriach czynów, gdzie poprawa sprawcy ma szczególne znaczenie społeczne; dotyczyć więc będzie przestępstw szczególnie uciążliwych. Powszechna znajomość takich regulacji nie jest konieczna, skoro to nie one mają skłonić sprawcę do zejścia ze „złej drogi”.

Natomiast funkcja kompensacyjna wymusza jeszcze inne rozłożenie akcentów. Czynny żal powinien znaleźć się wszędzie tam, gdzie możliwe jest naprawienie szkody. Przy czym z jednej strony chodzi tu o dobra materialne, odnawialne, z drugiej zaś – o dobra, co do których ustawodawca pozostawia pokrzywdzonemu szeroką sferę swobody rozporządzania. Ustawodawca, wskazując znamiona takiego czynnego żalu, powinien stosunkowo szeroko wyznaczać limit czasowy dokonania kompensacji (np. wyrok sądu I instancji). Przy funkcji kompensacyjnej nie ma znaczenia motywacja sprawcy, rozważyć nawet można odstępianie od wymogu dobrowolności. Natomiast na organach ścigania ciążyłby obowiązek informowania sprawców takich przestępstw o przesłankach i konsekwencjach czynnego żalu.

Najmniej „zmiennych” powinien posiadać czynny żal realizujący jedynie funkcję sprawiedliwościową. Profity dla sprawców powinny być obligatoryjne, przy czym polegać powinny wyłącznie na umniejszaniu dolegliwości związanej z karą (np. nadzwyczajne złagodzenie kary) i dotyczyć przede wszystkim czynnego żalu polegającego na odstąpieniu.

¹² Por.: S. ZABŁOCKI: *V Bielańskie Kolokwium Karnistyczne „Nadzwyczajny wymiar kary”*, Warszawa 14 maja 2008 – zapis dyskusji. W: *Nadzwyczajny wymiar kary*. Red. J. MAJEWSKI. Toruń 2009, s. 118–119.

Zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa (naprawienie szkody i współpraca) albo powinno być uwzględnianie przez ustawodawcę przy wszystkich typach przestępstw, albo nie powinno być uwzględniane wcale.

Wybór określonej funkcji, jaką czynny żal ma pełnić, w przekonaniu ustawodawcy przesądzić powinien o kształcie i zakresie regulacji z nim związanych.

Ostatecznie skonstatować należy, że każdy dodatkowy wymóg strony przedmiotowej lub podmiotowej osłabia funkcję prewencyjną lub kompensacyjną (stąd rezygnacja wyjątkowo nawet w wymogu dobrowolności), jednak odpowiednio ukształtowane mogą wzmocnić funkcję wychowawczą. Uwaga ta pozwala na zgłoszenie ogólnego postulatu *de lege ferenda* o takie dobieranie przesłanek degeneracji lub uchylania odpowiedzialności karnej, aby wybrane modele czynnego żalu w sposób najpełniejszy realizowały założone funkcje. Innymi słowy, aby kształt normatywny czynnego żalu okazanego przed naruszeniem dobra w sposób maksymalny pełnił funkcję prewencyjną, natomiast ten okazany po naruszeniu dobra – funkcję kompensacyjną.

Nowe przepisy – art. 209 § 4 i 5 k.k. – wpisują się w dość chaotyczny zbiór norm kształtujący odpowiedzialność karłą sprawcy podejmującego zachowania zaradcze lub kompensacyjne po dokonaniu przestępstwa, którego to zbioru nie można nawet nazwać systemem. Podkreślić bowiem należy, że tzw. podokonaniowy czynny żal nie został całościowo uregulowany i nie ma jednego spójnego modelu podokonaniowego czynnego żalu – materia dotycząca tych zagadnień, rozrzucona w całym Kodeksie (oraz innych przepisach szczególnych) odnosi się wyłącznie do wybranych typizacji i ma charakter *ad casu ad casum*¹³.

Ogólny schemat modelu tych konstrukcji jest jednak dość podobny, a różnice pojawiające się zarówno w przesłankach, jak i konsekwencjach karnoprawnych, o ile są w ogóle uzasadnione, wynikają, *de facto*, z umiej-

¹³ Zdaniem Ł. Pohla czynny żal usytuowany w części szczególnej k.k., po uprzednim sformułowaniu znamion typu czynu zabronionego, do którego ta instytucja ma się odnosić, stanowi uzasadnione uzupełnienie ogólnych formuł czynnego żalu zawartych w części ogólnej kodeksu (z czego później wysuwa błędne wnioski dot. zakresu przedmiotowego czynnego żalu opisanego w przepisie art. 298 § 2 k.k.) – Ł. POHL: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje czynnego żalu według art. 298 § 2 kodeksu karnego*. W: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*. Red. B. JANISZEWSKI. Poznań 2004, s. 199. Takie stanowisko wydaje się jednak zbyt prostym uproszczeniem – każdy z postaci czynnego żalu usadowiona w części szczególnej kodeksu przewiduje własne przesłanki i karnoprawne konsekwencje, nie odwołując się do postanowień części ogólnej. Jeśli mówić o uzupełniającym charakterze czynnego żalu z części szczególnej, to tylko w znaczeniu ogólnie rozumianej polityki karnej.

scowienia zachowań podjętych przez sprawcę w ramach czynnego żalu na drodze realizacji zamiaru sprawcy. Nie można jednak mówić o zróżnicowanym umiejscowieniu tej konstrukcji w *iter delicti*, bowiem wszystkie postacie analizowanego czynnego żalu mają miejsce po dokonaniu czynu zabronionego – po zrealizowaniu kompletu ustawowych znamion, jednak niektóre odnoszą się do zachowania sprzed naruszenia dobra prawnego, inne – po jego naruszeniu. Fundamentalne i pierwotne znaczenie dla tego rozróżnienia ma decyzja ustawodawcy co do zakresu i sposobu kryminalizacji – bądź za naruszenie dobra, bądź za jego narażenie. Zasadniczo więc wyróżnić można **podokonaniowy czynny żal okazany przed i po naruszeniu dobra prawnego**. Rozróżnienie to ma konwencyjny – przy najmniej do pewnego stopnia – charakter, albowiem opiera się na pojęciu dobra prawnego, którego precyzyjne określenie nie jest łatwe¹⁴.

Czynny żal podokonaniowy, ale przed naruszeniem dobra ma charakter prewencyjny, jego celem jest skłonienie sprawcy do nienaruszenia dobra prawnego (przykładowo przepis art. 169, odnoszący się do zachowania sprawcy uchylającego grożące niebezpieczeństwo). Funkcjonalnie jest on zbliżony do czynnego żalu okazanego na etapie karalnego przygotowania lub usiłowania i najczęściej jego kształt normatywny przypomina regulacje przewidziane w art. 17 § 1 i art. 15 § 1 k.k.

Z kolei czynny żal podokonaniowy, przewidziany po naruszenia dobra, przybiera jedną z trzech postaci. Pierwszą z nich stanowią formy czynnego żalu podjęte po naruszeniu dobra, ale których celem jest zapobiegnięcie dalszej istotnej szkodzie (np. czynny żal związany z uchłanianiem się od zastępczej służby wojskowej – art. 146 k.k., przetrzymywaniem zakładnika – art. 252 § 4 i 5 k.k. oraz dezercją – art. 340 k.k.). Są to postacie, które również funkcjonalnie zbliżone do czynnego żalu okazanego na etapie karalnego przygotowania lub usiłowania. Drugą grupę stanowią „klasyczne” formy czynnego żalu, polegające na naprawieniu szkody (np. przy wybranych przestępstwa przeciwko mieniu i ob-

¹⁴ Stosunkowo dobrze sobie radzimy z dobrami prawnymi mającymi charakter fizyczny, takimi jak zdrowie i życie. Równocześnie orzecznictwo, jak i literatura wskazują coraz to nowsze ponadindywidualne dobra prawne, jak np. „instytucja subwencji czy kredytu”, „społeczna użyteczność sfery ubezpieczeniowej”, „woda, powietrze, ziemia” itp. Takie wskazywanie coraz to nowszych dóbr jest możliwe dlatego, że – jak trafnie zauważono – żadne spośród podstawowych pojęć prawa karnego nie oferuje takiej różnorodności bliżej nieuzasadnianych definicji jak właśnie pojęcie dobra prawnego. Mówi się więc o „interesach”, „wartościach”, „stanach”, „założeniach”, „przedmiotach”, „stosunkach społecznych”, „społecznie istotnych obszarach”, „bytach funkcjonalnych” itp. W związku z tym wskazywanie co w danym przypadku stanowi przedmiot ochrony, jawi się jako dość dowolna spekulacja umysłowa – por.: H.J. HIRSCH: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*. RPEiS 2002, nr 1, s. 1–19; M. PRENGEL: *Dobro prawne – centralne pojęcie prawa karnego*. „Jurysta” 2002, nr 5, s. 5.

rotowi gospodarczemu – art. 295 § 1, art. 296 § 5, art. 297 § 3, art. 299 § 8, art. 307 k.k.). Trzecią natomiast stanowi czynny żal, którego celem jest ułatwienie pracy organom ścigania (związany z praniem pieniędzy – art. 299 § 8 k.k.) i funkcjonalnie powiązany jest z czynnym żalem przestępstw korupcyjnych.

Podstawowa różnica pomiędzy wszystkimi postaciami czynnego żalu sprowadza się do funkcji, jaką danej postaci się przypisuje. Oczywiście należy powtórzyć za D. Gajdus, że czynny żal spełnia funkcję sprawiedliwościową, prewencyjną, wychowawczą, kompensacyjną oraz depenalizacyjną¹⁵, a dodać jeszcze można funkcję wspierania organów ścigania w wykrywaniu przestępstw. Jednak w zależności od jego rodzaju, różne funkcje mają znaczenie wiodące.

Nie ma wątpliwości, iż czynny żal okazany przed naruszeniem dobra pełni przede wszystkim funkcję prewencyjną. *Ratio legis* wprowadzenia przepisów pierwszej grupy jest zapobieżenie szkodzie. Ustawodawca rezygnuje (całkowicie lub częściowo) ze swego *ius puniendi*, nawet jeśli sprawca już dokonał czynu zabronionego, jeśli zapobiegł on naruszeniu dobra prawnego. Podkreślić w tym miejscu należy, że ta postać czynnego żalu odnosi się wyłącznie do sytuacji wprowadzenia karalności na przedpolu dokonania, a mówiąc precyzyjniej: na przedpolu naruszenia dobra – mowa tu przede wszystkim o przestępstwach z narażenia abstrakcyjnego i konkretnego, przygotowaniu i usiłowaniu podniesionym do rangi dokonania czy też naruszeniu dobra zdematerializowanego (ujętego tak abstrakcyjnie, że bywa określane mianem „dobra przed naruszeniem”). To sprawia, że czynny żal okazany po dokonaniu, ale przed naruszeniem dobra funkcjonalnie przypomina czynny żal „stadialny”. Zatem i w tym przypadku (podobnie jak przy czynnym żalu okazanym na etapie karalnego przygotowania lub usiłowania) czynny żal pozwala zminimalizować wiktyzację pierwotną, zapobiec szkodzie materialnej, zminimalizować strach wywołany popełnieniem przestępstwa, a co za tym idzie – zapobiec powstaniu konfliktu lub w szerokim zakresie go zminimalizować.

Natomiast czynny żal okazany po naruszeniu dobra w głównej mierze pełni funkcję kompensacyjną (w klasycznym wąskim znaczeniu tego słowa¹⁶) czy, mówiąc szerzej – restytucyjną. Dopiero bowiem po spełnieniu warunku naprawienia szkody czy restytucji w innej postaci sprawca nabywa określone uprawnienia. Czynny żal zatem okazany po naruszeniu do-

¹⁵ D. GAJDUS: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984, s. 69.

¹⁶ A.R. ŚWIATŁOWSKI: *Kompensacyjna funkcja czynnego żalu w Kodeksie karnym z 1997 r.* CPKP 2002, nr 2, s. 153. Nie podziela on zatem zdania D. GAJDUS, że o funkcji kompensacyjnej można mówić również wtedy, gdy mowa jest o zapobieganiu szkody, ponieważ takie szerokie ujęcie funkcji kompensacyjnej czynnego żalu zaciera zróżnicowanie pomiędzy funkcją kompensacyjną a prewencyjną.

bra jest także instytucją nastawioną na pokrzywdzonego, ale nie poprzez ochronę jego dóbr, a przez ich restytucję. Wydaje się również, że ta postać czynnego żalu w szczególny sposób może realizować funkcję wychowawczą (w przeciwieństwie do czynnego żalu okazanego przed naruszeniem dobra) – ukształtować pożądaną postawę moralną sprawcy.

Odnosnie do trzeciej grupy form czynnego żalu po naruszeniu dobra jego funkcja uwidacznia się w samym kryterium wyodrębnienia. Pierwzoplanowym celem tych regulacji jest wspomnienie organów ścigania państwa. Jak pisała D. Gajdus, przewidziana bezkarność nie jest objawem wyrozumiałości dla dającego łapówkę, a jedynie sposobem zdobywania pomocników w ściganiu szczególnie zdemoralizowanych przestępców¹⁷.

Wszystkie wskazane wyżej postacie czynnego żalu, jeśli chodzi o ich kształt normatywny, cechują te same konstytutywne elementy/przesłanki. Zaliczyć do nich należy wymogi strony przedmiotowej, polegające na poniechaniu określonego zachowania, zapobieżeniu określonym następstwom (szkodzie)¹⁸, czasami ujawnieniu faktu popełnienia przestępstwa albo naprawieniu szkody. Od strony podmiotowej z reguły wymogiem jest dobrowolność zachowania sprawcy, chociaż nie zawsze taki warunek ustawodawca stawia¹⁹.

Tzw. podokonaniowy czynny żal nie ma charakteru powszechnego – ustawodawca przewiduje dobrodziejstwa związane z okazaniem czynnego żalu w kilkunastu, ściśle określonych w Kodeksie przypadkach. Sprawcy pozostałych przestępstw, którzy zapobiegli naruszeniu dobra lub naprawili wyrządzoną szkodę, odpowiadają na zasadach ogólnych, w myśl których sąd bierze, przy wymiarze kary, pod uwagę zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa (art. 53 § 2 k.k.), może również – kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa – zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, jeśli szkoda została naprawiona (art. 60 § 2 pkt 1 k.k.) lub prawnokarne instrumenty z zakresu sędziowskiego wymiaru kary niepowiązane bezpośrednio z naprawieniem szkody.

Od niedawna do tej nielicznej grypy typizacji, zaopatrzonych w regulacje karnoprawnych konsekwencji wobec sprawcy, który po dokonaniu przestępstwa okazał czynny żal, należy także przestępstwo niealimentacji.

¹⁷ D. GAJDUS: *Czynny żal...*, s. 153–154.

¹⁸ Wątpliwości związane z przesłanką zapobieżenia określonemu skutkowi zob.: Ł. POHL: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje...*, s. 202–203.

¹⁹ Dobrowolność nie jest wymagana przy czynnym żalu związanym np. z zawładnięciem statku (art. 169 § 3 k.k.) czy przetrzymywaniem zakładnika (art. 252 k.k.). Treść paragrafu 5 tego ostatniego przepisu nadaje przesłance dobrowolności dość specyficzne znaczenie i zakres.

Ustawodawca przewidział dwie postacie karnoprawnych konsekwencji przyporządkowanych odpowiednio do dwóch typizacji przestępstwa niealimentacji. I tak przepis art. 209 przewiduje:

§ 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1, który nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uścił w całości zaległe alimenty.

§ 5. Sąd odstępuje od wymierzenia kary, jeżeli nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego sprawca przestępstwa określonego w § 1a uścił w całości zaległe alimenty, chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary.

Czynny żal, skutkujący niepodleganiem karze (§ 4), odnosi się do przestępstwa niealimentacji polegającego na uchylaniu się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową, jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące. Do znamion tego czynu nie należy (zgodnie z wolą ustawodawcy) skutek w postaci narażenia lub naruszenia dobra w postaci (zaspokojenia) podstawowych potrzeb życiowych, a co za tym idzie – prawidłowego funkcjonowania rodziny i opieki. Przy takim spojrzeniu funkcja instytucji czynnego żalu ma charakter prewencyjny, a bezwarunkowa bezkarność, i to dość szeroko zakreślona, wzmacnia tę funkcję.

Natomiast przepis § 5 w nawiązaniu do treści § 1a ujawnia mieszany charakter czynnego żalu – prewencyjny, gdy sprawca naraził uprawnionego na niemożność zaspokojenia potrzeb życiowych, oraz kompensacyjny, gdy faktycznie doszło do niezaspokojenia tych potrzeb, a tym samym prawidłowego funkcjonowania rodziny i opieki. Zdaniem ustawodawcy karnoprawne konsekwencje dobrodziejstwa w takiej sytuacji nie mogły być więc już tak dogodne dla sprawcy – zostały wężiej zakreślone i mają charakter względny.

W świetle przytoczonych przepisów natychmiast musi pojawić się pytanie o zasadność takich rozwiązań, a przede wszystkim o zasadność rozróżnienia prawnych konsekwencji okazanego czynnego żalu w zależności od popełnionego przestępstwa niealimentacji. Zasadniczo ogólna reguła jest czytelna i *prima facie* sensowna – przestępstwo z narażenia abstrakcyjnego (§ 4 w zw. z § 1 analizowanego przepisu) zaopatrzone zostało w klauzulę niepodlegania karze, albowiem czyn sprawcy nie spowodował nawet niebezpieczeństwa dla podstawowych potrzeb życiowych uprawnionego do alimentów. W sytuacji, gdy dobro to zostało już narażone (§ 5 w zw. z § 1a), czynny żal skutkuje „jedynie” odstąpieniem od wymierze-

nia kary, o ile nie sprzeciwiają się temu ustawowo określone cechy tego przestępstwa (tj. wina i społeczna szkodliwość). Konsekwencje te dla nie-prawnika są niemal nierozróżnialne – każdorazowo jest bowiem mowa o braku kary, przy czym w obu przypadkach instytucja ta ma charakter obligatoryjny.

Obligatoryjność – i to w obu przypadkach – jest jednak dość względna. Zaczniemy od § 5 (odnoszącego się do typizacji przewidzianej w § 1a). Stylizacja językowa rzeczywiście sugeruje obowiązkowy charakter odstąpienia od wymierzenia kary („sąd odstępuje”), niemniej dalsze zastrzeżenie – „chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary” oznacza, iż zastosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary ma ostatecznie arbitralny charakter. Wniosek ten pogłębia sposób zwerbalizowania wspomnianego zastrzeżenia. Ustawodawca nie wskazał nawet ogólnikowego kryterium ilościowego (np. znaczny stopień), którego przekroczenie uniemożliwiłoby odstąpienie od wymierzenia kary²⁰.

Wydaje się, że swoista dwupostaciowość czynnego żalu osłabia również bezwarunkowość niepodlegania karze, o którym mowa w § 4. Niepodleganie karze, chociaż bezwarunkowe, ma bowiem o tyle charakter uznaniowy, że odnosi się do sytuacji wyłącznie z § 1 (a nie z § 1a), a to oznacza, że organ prowadzący postępowanie najpierw musi ocenić, czy doszło, czy nie doszło do narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. I widać tu pewną niekonsekwencję – projektodawca deklaruje, że odstąpił od pojęcia „narażenie podstawowych potrzeb życiowych”, ponieważ wzbudza ono kontrowersje i trudności dowodowe, ale równocześnie posługuje się nim w typie kwalifikowanym²¹. Tym samym skoro to sformułowanie jest znamieniem § 1a, to *a contrario* każdorazowo udowadniany musi być jego brak na potrzeby ustalenia zakresu przepisu § 1²². Wspomniane przez projektodawcę wykładnicze i dowodowe problemy związane ze sformułowaniem „narażenie na nie-

²⁰ Nie można przy tym nie zauważyć, że sama stylistyka wspomnianego zastrzeżenia jest dość kuriozalna – przypuszczać należy, że ustawodawcy chodziło o stopień winy i społecznej szkodliwości.

²¹ „...w oderwaniu od nieostrego i rodzącego trudności dowodowe znamienia »narażenie«, a z drugiej, w przypadku faktycznego narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, pozwoli na ściganie sprawców dopuszczających się tego kwalifikowanego typu niealimentacji” – Uzasadnienie projektu, s. 5. Zatem pojawić musi się kolejne pytanie o sens tworzenia typu kwalifikowanego w oparciu o tak krytykowane znamię.

²² Z ustalenia tego organ prowadzący byłby zwolniony do pewnego stopnia, gdyby nie było typu kwalifikującego operującego tym terminem.

możność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych”²³ powodują, że – przynajmniej w pewnej części – decyzje dotyczące subsumcji określonych stanów faktycznych opierać się muszą na pewnej uznaniowości, a to przekłada się na konkretne konsekwencje okazanego czynnego żalu. Innymi słowy czynny żal przewidziany w § 4 rzeczywiście skutkuje (obligatoryjnym) niepodleganiem karze, o ile nie zostanie uznane, że uchylenie się od alimentacji naraziło osobę uprawnioną na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych²⁴.

Z perspektywy politycznokryminalnej takie rozwiązanie musi budzić wątpliwości. Oznacza bowiem, że osłabiona została gwarancja dla sprawy uzyskania bezkarności, a tym samym siła oddziaływania przepisu składającego do zapłacenia przez niego zaległych alimentów.

Warto też zwrócić uwagę, iż zmieniać się będzie, w dłuższym okresie, zakres kryminalizacji przewidziany w § 1 a, pomimo braku zmiany przepisów. Jak bowiem zauważył sam projektodawca, zmienia się społeczny i kulturowy wyznacznik „podstawowych potrzeb życiowych” i wraz z bogaceniem się społeczeństwa, dobra o coraz wyższym statusie należą do potrzeb podstawowych. O ile więc kiedyś były to wyłącznie potrzeby fizjologiczne – pożywienie, ciepło, zakwaterowanie, później podstawowa edukacja, obecnie coraz częściej wspomina się o uczestnictwie w kulturze jako podstawowej potrzebie życiowej. Fakt, że mimo braku realizacji obowiązku alimentacyjnego uprawniony nie głoduje i głód mu nie grozi, nie oznacza, że nie doszło do narażenia potrzeb, o których mowa w § 1a przepisu. Uprawniony jest zatem dalszy wniosek, iż społeczna zmiana, powodująca zmianę zakresu kryminalizacji zachowań opisanych w § 1a, zmienia też zakres § 1, który posługuje się stałym kryterium kwotowo-proporcjonalnym. Bowiem im szerszy zakres przepisu § 1 a, tym węższy zakres przepisu § 1. Przykładowo na danym etapie rozwoju społecznego niezapłacenie trzeciego świadczenia okresowego nie będzie jeszcze

²³ Jednym z takich problemów jest zagadnienie roli drugiego rodzica, zaspokajającego potrzeby dziecka z perspektywy wytyczenia granicy między § 1 i § 1a – w świetle uzasadnienia projektodawcy aktualnie pozostaje orzeczenie SN, w myśl którego „fakt zaspokajania potrzeb życiowych uprawnionego kosztem znacznego wysiłku osoby współzobowiązanej do alimentacji albo przez inne osoby niezobowiązane, a także z funduszu alimentacyjnego ZUS nie wyłącza ustawowego znamienia narażenia na niemożność zaspokojenia tych potrzeb” – wyrok SN z dnia 27 marca 1987 r., V KRN 54/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 103.

²⁴ M. Małecki postuluje, aby również § 5 przewidywał niepodleganie karze, a zatem wówczas nie dochodziłoby do stwierdzania przestępności czynu – M. MAŁECKI: *Przestępstwo niealimentacji...*, s. 55. To prawda, w myśl art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. niepodleganie karze jest tzw. negatywną przesłanką procesową. Jednak sam proces (choćby w fazie postępowania przygotowawczego) musiałby się toczyć celem ustalenia braku negatywnych przesłanek, a zatem wcześniej i przestępczość czynu musiałaby być ustalona, chociaż nie zadekretowana w wyroku.

wywoływało skutku w postaci wspomnianego narażenia, po zmianach społeczno-ekonomicznych ta sama kwota, umożliwiające zaspokajanie „dawnych” potrzeb życiowych, nie wystarcza już na zaspokajanie tych nowych – wraz ze zmianą społeczną uznanych za podstawowe. Taka relacja powoduje, że zmienia się też postać czynnego żalu, a mówiąc precyzyjniej jego karnoprawnych konsekwencji dostępnych dla sprawcy. Najkrócej rzecz ujmując – wyższy ogólny standard społeczny zmniejszać będzie możliwość zastosowania § 4 art. 209 k.k.

Wprowadzone przez ustawodawcę rozróżnienie w konsekwencjach czynnego żalu budzi jeszcze jedną wątpliwość. W żadnym przypadku omawianego czynnego żalu (§ 4 i § 5) sprawca nie ponosi konsekwencji popełnionego przestępstwa w zakresie kary, jednak sytuacja prawna sprawcy, który okazał czynny żal po dokonaniu czynu określonego w § 1a, jest jednak znacząco różna. W myśl bowiem przepisu art. 12 ust. 2 pkt 20a ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym²⁵ informację o odstąpieniu od wymierzenia kary umieszcza się w Krajowym Rejestrze Karnym do czasu zatarcia, które następuje – zgodnie z art. 107 § 5 k.k. – z upływem roku od wydania prawomocnego skazania. W doktrynie istnieje spór co do charakteru prawnego wyroku, w którym sąd odstępuje od wymierzenia kary²⁶, niemniej nie ma wątpliwości, iż takie orzeczenie może mieć negatywne praktyczne znaczenie dla sytuacji zawodowej sprawcy, co przy ciężącym obowiązku alimentacji nabiera znaczenia szczególnego. Z tej perspektywy rozważyć należy (gdyby przepis § 5 miałby się ostać, o czym szerzej w dalszej części opracowania) możliwość zaimplementowania do Kodeksu karnego mechanizmu znanego z art. 18 § 2 k.k.s.²⁷ – niepodlegania wpisowi do KRK określonego wyroku. Postulat taki wydaje się o tyle zasadny, że zarówno w przypadku czynnego żalu okazanego po popełnieniu przestępstwa skarbowego, jak i po popełnieniu przestępstwa niealimentacji to fiskalny interes pokrzywdzonego nabiera znaczenia priorytetowego, o czym świadczy zresztą kolejna cecha instytucji przewidzianych w § 4 i 5 art. 209 k.k.

Niezwykle interesującym zabiegiem legislacyjnym jest rezygnacja ustawodawcy z niemal nieodłącznego elementu czynnego żalu – dobrowolno-

²⁵ T.j. Dz.U. 2017, poz. 678 i 1475.

²⁶ P. GENSIKOWSKI: *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*. Warszawa 2011.

²⁷ § 1. Sąd, udzielając zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, orzeka: 1) tytułem kary grzywny kwotę uiszczonej przez sprawcę; 2) przepadek przedmiotów tylko w takich granicach, w jakich sprawca wyraził na to zgodę, a w razie niemożności ich złożenia – uiszczył ich równowartość pieniężną. § 2. Prawomocny wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego.

ści. Dobrowolność, jako szczególna cecha strony podmiotowej, wkomponowana została zarówno w instytucję czynnego żalu powiązanego z przygotowaniem i usiłowaniem, jak i nielicznymi postaciami czynnego żalu okazanego po dokonaniu. Nawet w przypadku przestępstw o charakterze majątkowym (przeciwko mieniu i przestępstw gospodarczych) odpowiednie przepisy przewidują wymóg dobrowolności (por. art. 295, art. 296 § 5, art. 307 k.k.). Jedynie przepis art. 252 k.k. (porwanie dla okupu), przewidując dwie różne postaci czynnego żalu w § 4 i § 5, różnicuje je m.in. w oparciu o istnienie lub brak przesłanki dobrowolności²⁸. Pojawia się więc pytanie, dlaczego w przypadku przestępstwa niealimentacji wśród wymogów bezkarności brak jest dobrowolności. I odpowiedź jest jasna²⁹ – taka konstrukcja czynnego żalu czyni mechanizm bardziej skuteczny. To potwierdza, że cel kompensacyjny i finansowy przepisu art. 209 k.k. jawi się jako pierwszoplanowy³⁰. Nawiasem mówiąc, taka konstatacja może stanowić argument za dekryminalizacją niealimentacji jako takiej, w przypadku zaprogramowania skuteczniejszych metod egzekwowania należności alimentacyjnych. Brak przesłanki dobrowolności każe zapytać o znaczenie prawne spłaty zadłużenia alimentacyjnego przez osobę trzecią na prośbę samego sprawcy. Dotychczas w orzecznictwie i doktrynie panował zgodny pogląd, że zapobiegnięcie skutkowi będzie miało walor dobrowolnego czynnego żalu nawet w przypadku uczynienia tego przez osobę trzecią (np. zabieg wykonany przez lekarza), o ile z inicjatywą taką wystąpił sam sprawca (np. wezwał pogotowie po oddaniu strzału). Wydaje się, że silny kompensacyjny charakter instytucji przewidzianych w § 4 i § 5 art. 209 przemawia za możliwością dopuszczenia spłaty zadłużenia alimentacyjnego przez osobę trzecią skutkującą bezkarnością dla sprawcy.

Na marginesie niniejszych rozważań, niejako w ślad za treścią przepisów § 4 i § 5 art. 209 k.k., musi się też pojawić pytanie o rolę i znaczenie dobrowolności w innych (wspomnianych) konstrukcjach czynnego żalu.

Znowelizowany przepis art. 209 k.k. z założenia miał również, oprócz zwiększenia skuteczności regulacji zaległych wierzytelności alimentacyjnych, uwolnić organy stosujące prawo od wszystkich zgłaszanych w piś-

²⁸ Por. szerzej O. SITARZ: *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*. Katowice 2016, s. 400–402. Innym przykładem rezygnacji z dobrowolności przy kształtowaniu instytucji czynnego żalu jest przepis art. 169 § 3 k.k., odnoszący się do przestępstwa piractwa morskiego.

²⁹ Chociaż sam projektodawca w uzasadnieniu o tym nie wspomina.

³⁰ Por. jednak ciekawe uwagi na temat wymogu dobrowolności w przypadku naprawiania szkody przez sprawcę i znaczenia tej dobrowolności dla reżimu odpowiedzialności karnej – E. HRYNIEWICZ: *Ofiara w polskim prawie karnym. Interesy ofiary przestępstwa i karno-materialne instrumenty służące ich zabezpieczeniu*. Warszawa 2017, s. 212–216.

miennictwie trudności i wątpliwości rodzących się na tle tej typizacji. Wydaje się jednak, że ten zabieg całkowicie się nie powiodł. Uczynienie z pewnego dotychczasowego znamienia „jedynie” znamienia kwalifikującego nie rozwiązało, ani nawet nie usunęło problemu, a wręcz je spotęgowało. Obok wspomnianego już problemu konieczności każdorazowego ustalania wystąpienia (lub nie) „narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych” wciąż pozostaje aktualny problem oceny momentu dokonania przestępstwa niealimentacji, który to moment przesądza o możliwości zastosowania przepisu bądź art. 15 k.k., bądź art. 209 § 4 lub § 5 k.k. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia na tle § 5. Inne są bowiem – przewidziane w § 5 – przesłanki bezkarności (bardziej rygorystyczne niż w przepisie art. 15) i inne konsekwencje prawnokarne (mniej dogodne dla sprawcy), a równocześnie fraza stanowiąca o narażeniu sprawia, że ustalenie granicy między usiłowaniem a dokonaniem jest szalenie trudne. *Prima facie* wydawać by się mogło, że typ podstawowy, z proporcjonalnie określonym znamieniem rzecz całą w tym zakresie rozwiązuje. Gdy bowiem sprawca uchyla się od płacenia alimentów, ale jego dług nie przekracza wartości trzech świadczeń okresowych, mamy do czynienia z usiłowaniem, co do którego ma ewentualnie zastosowanie przepis art. 15 § 1 k.k. W przypadku przekroczenia tej kwoty jest to już dokonanie i – stosownie do poczynionych ustaleń – czyn taki będzie wypełniał znamiona § 1 lub § 1a, a co za tym idzie zastosowanie będzie miał § 4 lub § 5, gdy sprawca okaże czynny żal. Jednak jakiej należy dokonać prawnokarnej oceny, gdy sprawca, uchylając się od płacenia alimentów, nie przekroczył wspomnianego progu wartości, ale jednak naraził uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych? I która postać czynnego żalu została zrealizowana, jeśli sprawca swoje zaległości spłacił? Treść przepisu § 1a świadczy o tym, że zachowanie sprawcy ma być oceniane zarówno na płaszczyźnie § 1, jak i § 1a – przepis § 1a jest typem kwalifikowanym, czyli o wzbogaconych znamionach w stosunku do typu podstawowego. To oznacza, że narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, a nawet spowodowanie niezaspokojenia tych potrzeb, tak długo jak sprawca nie przekroczy swoim długiem trzykrotnej wartości świadczeń okresowych będzie ciągle jedynie usiłowaniem³¹, co do którego – w przypadku okazania czynnego żalu – ma zastosowanie przepis art. 15 k.k.

Na tle analizowanych przepisów, regulujących konsekwencje czynnego żalu okazanego po dokonaniu przestępstwa niealimentacji, pojawiają się jeszcze inne problemy o większym lub mniejszym znaczeniu. Pierwszy w nich odnosi się do znaczenia uiszczenia przez sprawcę w całości za-

³¹ Trudno dociec, czy takie było zamierzenie ustawodawcy.

ległych alimentów w terminie 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania go w charakterze podejrzanego. Rodzi się bowiem pytanie o ocenę zachowania sprawcy, który zrealizował wymogi przewidziane w § 4 i § 5, niemniej przed ostatecznym rozstrzygnięciem spowodował ponownie zaległości alimentacyjne, o których mowa w art. 209 § 1 k.k. W takiej sytuacji przyjąć należy, iż sprawca dopuszcza się nowego przestępstwa niealimentacji. Spłata zadłużenia w ciągu 30 dni zamyka czas popełniania przestępstwa wieloczynnościowego i bezkarność odnosi się do tego zachowania. Ponowne uchylanie się od alimentacji otwiera popełnianie nowego przestępstwa, odnośnie do którego na nowo wszczęte powinno zostać postępowanie karne.

O wiele poważniejszy problem lokuje się w swoistym konflikcie z perspektywy sprawcy czynu zabronionego, który jest sprowokowany relacją między przepisami § 1 i § 1a a przepisami § 4 i § 5 analizowanego przepisu. Ustawodawca, kryminalizując niealimentację, posłużył się (zgodnie z legistyczną tradycją) znamieniem czasownikowym „uchyla się”. W piśmiennictwie, orzecznictwie, a także w uzasadnieniu do projektu nowelizacji zgodnie podnosi się, że czasownik ten oznacza, iż sprawca „mając obiektywną możliwość wykonania tego obowiązku (dysponując środkami finansowymi), nie dopełnia go ze złej woli”³². Równocześnie koniecznym warunkiem bezkarności jest wyrównanie całej zaległości w terminie 30 dni od daty pierwszego przesłuchania sprawcy. Ponieważ, jak wyżej wykazano, ostatecznie obie postaci bezkarności mają względnie obligatoryjny charakter, o zastosowaniu przepisu art. 209 § 4 lub § 5 zadecyduje organ prowadzący postępowanie. To oznacza, że jeśli sąd dojdzie do przekonania, iż popełnione przestępstwo zrealizowało znamiona przepisu art. 209 § 1a, a stopień winy i społecznej szkodliwości nie pozwalają na odstąpienie od wymierzenia kary, błyskawiczna spłata zadłużenia (jeszcze przecież przed rozprawą sądową) stanie się dla sądu potwierdzeniem możliwości finansowych sprawcy, innym słowy – potwierdzeniem uchylania się od alimentacji. Bezprzedmiotowe będą ewentualne argumenty o słabszej kondycji finansowej sprawcy w chwili czynu, utracie pracy czy nadzwyczajnych koniecznych wydatkach z tytułu choroby. Takie sposoby regulacji musi więc osłabić skuteczność przepisu § 5, a z uwagi na wspomniane wyżej powiązania – i § 4 przepisu art. 209 k.k.

Krótki termin (30 dni od dnia pierwszego przesłuchania sprawcy) *de facto* bardzo ogranicza możliwości zastosowania przepisów § 4 lub § 5 i trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rozwiązania. Jeśli celem omawianych przepisów ma być zaspokojenie roszczeń uprawnionego do alimentacji za cenę bezkarności sprawcy, to warto wydłużyć ten czas przynajmniej

³² Por. uzasadnienie i przytoczone tam orzecznictwo – s. 4–5.

o tyle, o ile nie spowodowałoby to przedłużenia postępowania karnego. Przecież alternatywą niezachowania 30-dniowego terminu jest (dość odległy) wyrok skazujący z nałożonym na sprawcę obowiązkiem naprawienia szkody (czyli powrót do sytuacji sprzed nowelizacji) o niepewnej skuteczności. Określenie przez ustawodawcę sposobu regulacji zaległych zobowiązań (tzn. w całości i w określonym ustawowo terminie) oraz ich wysokości nie zostawia żadnej przestrzeni na mediację i rozwiązanie zaistniałego konfliktu, co przy sprawach rodzinnych (a praktyka wskazuje, że przede wszystkim chodzi o zobowiązania rodzica wobec dziecka pozostającego pod opieką drugiego rodzica) staje się szczególnie istotne.

Podsumowanie niniejszych analiz poprzedzić należy jeszcze próbą ustalenia relacji pomiędzy przepisami § 4 i § 5 art. 209 k.k. i przepisem art. 59 k.k. Ten ostatni stanowi, że jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka jednocześnie środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, a cele kary zostaną w ten sposób spełnione. Zagrożenie karą przewidziane zarówno w § 1, jak i w § 1a omawianego przepisu powoduje, że ogólna konstrukcja odstąpienia od wymierzenia kary może być zastosowana w przypadku przestępstwa niealimentacji.

Wydawać by się mogło, że bezwzględny charakter bezkarności przewidziany w przepisach art. 209 plasuje te regulacje na wyższym poziomie w perspektywie opłacalności dla sprawcy, co – siłą rzeczy – przekłada się na korzyści dla pokrzywdzonego (w postaci otrzymania zaległych alimentów). Przeprowadzona jednak wcześniej analiza pozwala na stwierdzenie, iż ta „wyższość” (tzn. większa opłacalność) jest pozorna, ponieważ bezwzględność bezkarności jest mocno ograniczona przepisami art. 209 k.k., zwłaszcza w przypadku § 5. Ponadto przepis art. 59 zawiera jedynie nieliczne ograniczenia – społeczna szkodliwość nie jest znaczna, a orzeczony środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny spełni cele kary. Biorąc pod uwagę, zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez projektodawcę, iż przyczyną kryminalizacji niealimentacji jest „wzmocnienie realizacji obowiązku opieki przez zaspokojenie potrzeb materialnych osób, które same nie są w stanie ich zaspokoić”, obowiązek naprawienia szkody znakomicie cele kary zrealizuje, a zatem zostanie zrealizowana przesłanka stosowania art. 59 k.k. Równocześnie przepis art. 59 k.k. nie ustanawia rygorystycznie terminu naprawienia szkody, jego sposobu, zostawiając miejsce na pertraktację nawet podczas mediacji. Przepis ten nie odwołuje się też do stopnia winy jako negatywnej przesłanki zastosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary. To oznacza, że przepis art. 59 k.k. jest „mocną” alternatywą dla rozwiązania przyjętego w przepisie art. 209 § 5 k.k.

Reasumując, z pewnością należy docenić depenalizację niealimentacji w przypadku uiszczenia przez sprawcę całego długu alimentacyjnego. Projektodawca, mimo iż do uzasadnienia projektowanych zmian dołączył analizę statystyczną, odnoszącą się do przestępstwa niealimentacji, nie wskazał, jak dotychczas wyglądała skuteczność egzekucji obowiązku naprawienia szkody orzeczanego przy skazaniu za przestępstwo niealimentacji. Pojawić się musi więc pytanie, czy możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej okaże się skuteczniejsza niż egzekucja obowiązku naprawienia szkody orzekana dotychczas. Pozytywnie należy ocenić też fakt, że to nie prewencja ogólna jest negatywną przesłanką odstąpienia od wymierzenia kary. Niemniej nowelizacja nie jest pozbawiona błędów, w tym również i takich, które mocno osłabiają mechanizm oddziaływania na sprawcę w celu samodzielnego i szybkiego spłacenia długu alimentacyjnego.

W świetle przywołanych wad legislacyjnych przepisu art. 209 § 5 k.k. oraz jego relacji do przepisu art. 59 k.k. stwierdzić należy, iż z **perspektywy techniki legislacyjnej § 5 jest niewłaściwy, a z perspektywy polityki kryminalnej – zbędny**. Wydaje się, że zakładaną funkcję – zapewnienie zaspokojenia roszczeń pokrzywdzonego – znakomicie pełniłby po prostu przepis § 4 art. 209 k.k., oczywiście po usunięciu zasygnalizowanych wad³³.

Bibliografia

Literatura

- GAJDUS D.: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984.
- GENSİKOWSKI P.: *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*. Warszawa 2011.
- HIRSCH H.J.: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*. RPEiS 2002, nr 1.
- HRYNIEWICZ E.: *Ofiara w polskim prawie karnym. Interesy ofiary przestępstwa i kar-no-materialne instrumenty służące ich zabezpieczeniu*. Warszawa 2017.
- MAKAREWICZ J.: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914.
- MAŁECKI M.: *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)*. CPKNP 2016, nr 4.
- MOZGAWA M.: *Komentarz aktualizowany do art. 209 kodeksu karnego*. LEX.
- POHL Ł.: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje czynnego żalu według art. 298 §2 kodeksu karnego*. W: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*. Red. B. JANISZEWSKI. Poznań 2004.

³³ Inne sposoby realizacji zakładanych celów poprzez wprowadzenie konstrukcji czynnego żalu przedstawia M. Małecki – M. MAŁECKI: *Przestępstwo niealimentacji...*, s. 55–60.

- POHL Ł.: *Zakres i skutki depenalizacji wywołanej nowelizacją przepisu określającego znamiona przestępstwa nie alimentacji*. RPEiS 2017, nr 4.
- PRENGEL M.: *Dobro prawne – centralne pojęcie prawa karnego*. „Jurysta” 2002, nr 5.
- ROSIĄK Ł.: *Nowelizacja art. 209 kodeksu karnego. Analiza proponowanych zmian*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2017, nr 17.2.
- SITARZ O.: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, nr XXXI.
- SITARZ O.: *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*. Katowice 2016.
- ŚWIATŁOWSKI A.R.: *Kompensacyjna funkcja czynnego żalu w Kodeksie karnym z 1997 r.* CPKP 2002, nr 2.
- ZABŁOCKI S.: *V Bielańskie Kolokwium Karnistyczne „Nadzwyczajny wymiar kary”, Warszawa 14 maja 2008 – zapis dyskusji*. W: *Nadzwyczajny wymiar kary*. Red. J. MAJEWSKI. Toruń 2009.

Orzecznictwo

Wyrok SN z dnia 27 marca 1987 r., V KRN 54/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 103.

Źródła internetowe

Druk Sejmowy nr 1193. Źródło: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193> [dostęp: 11.09.2018].